Journal of Fiqh and Usul
Vol. 50, No. 3, Issue 114
Autumn 2018
DOI: 10.22067/jfu.v50i3.37624

سال پنجاهم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۴
پاییز ۱۳۹۷، ص ۱٦٦-۱٤٧

تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی *

سیاوش گودرزی [1]
دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی تهران
Email: siavash.goodarzi@stu.um.ac.ir
دکتر عباسعلی سلطانی
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: soltani@um.ac.ir
دکتر محمد رضا علمی سولا
استادیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: elmisola@um.ac.ir
سید جلال موسوی نسب
مربی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
Email: mousavinasab@pnu.ac.ir

چکیده

حق شفعه در فقه و حقوق موضوعه یکی از اسباب تملک و موضوع ماده ۱۴۰ قانون مدنی است. از جمله شروط اساسی ایجاد حق شفعه انتقال حصه شریک به‌وسیله عقد بیع است که مشهور فقها و قانون مدنی بر آن تأکید دارند. در این مقاله نخست شروط اساسی ثبوت این حق برشمرده شده و دیدگاه‌های متفاوت در مورد این شروط بیان شده است. در پی آن، مستندات قول مشهور نقد و بررسی شده و با توجه به تعلیل مذکور در روایات و نیز غرض قطعی شارع یعنی نفی ضرر و همچنین لزوم قانون‌گذاری صحیح و اجتناب از باز گذاشتن راه حیله و نیرنگ، این نتیجه بدست آمده است که حق شفعه عمومیت داشته و در سایر عقود معاوضی نیز راه دارد.

کلیدواژه‌ها:

شفعه، بیع، عقد معاوضی، لاضرر.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۵/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٤/۰۱/۲۹.
۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

اعمال حقوقی به دودسته مهم قراردادها یا اعمالی که با تراضی واقع می‌شوند و ایقاعات یا اعمالی که با اراده یک نفر واقع می‌شوند، تقسیم می‌شوند. ایقاعات در زندگی اجتماعی نقشی بسیار مهم و غیرقابل‌انکار دارند. یکی از ایقاعات بسیار مهم، حق شفعه است که در فقه و حقوق مدنی راجع به احکام و آثارآن بحث‌های فراوانی صورت گرفته است. ولی حق شفعه با توجه به اینکه حقی استثنائی بوده و همواره به‌صورت محدود و مضیق تفسیر شده و عدم همخوانی با برخی قواعد عمومی حاکم برقراردادها حتی تا اوایل قرن پنجم هجری، در میان ابواب فقه، سرگردان بود و هریک از مولفان آن را درجایی قرار می‌دادند. در اواخر قرن پنجم آن را پس از باب غصب قراردادند، شاید به خاطر آنکه تصرف غاصب و شفیع، به‌رغم رضای مالک صورت می‌گیرد. اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا غصب خلاف شرع است ولی شفعه شرعا جایز است. همان‌گونه که گفتیم حق شفعه همواره به‌عنوان یک حکم خلاف اصل در میان فقها و حقوقدانان مطرح بوده و هست و بر اساس این تفکر، همواره این حق را به‌طور بسیار محدود تفسیر کرده‌اند. قانون مدنی استثنایی‌ترین چهره ممکن در مورد حق شفعه را پذیرفته و در ماده ۸۰۸ چنین مقرر داشته که «هرگاه مال غیرمنقول قابل‌تقسیمی بین دونفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به‌قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی راکه مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». این ماده در مقام بیان شرایط ایجاد حق شفعه آن را مختص اموال غیرمنقول، قابل‌تقسیم، مشاع میان فقط دو نفر و انتقال به‌قصد بیع نموده است. برای بررسی بهتر شرایط ایجاد حق شفعه ابتدا باید مبانی فقهی قانون مدنی در مورد شرایط مذکور را به‌طور خلاصه تبیین کنیم، تا ببینیم آیا در فقه امامیه که الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده نیز همگان اتفاق‌نظر بر چنین شروط و قیودی دارند یا خیر؟ در ادامه خواهیم دید که به‌جز شرط انتقال به‌وسیله عقد بیع تمامی شروط بیان‌شده برای ایجاد حق شفعه محل گفتگو و بحث و اختلاف‌نظر است و نمی‌توان گفت همه فقها حق شفعه را حقی استثنایی پنداشته‌اند، ولی با توجه به اینکه حق شفعه همواره تفسیر محدودشده در بدو امر قبول تعمیم شفعه به‌تمامی عقود معاوضی مشکل به‌نظر می‌رسد. ابتدا به‌طور مختصر شرایط ایجاد حق شفعه را برشمرده و اختلاف‌نظرهای موجود را یادآور خواهیم شد و سپس به بررسی موضوع اصلی این نوشتار مبنی بر امکان تعمیم شفعه به‌تمامی عقود معاوضی می‌پردازیم.

شروط اخذ به شفعه

فقهای امامیه و نیز ماده ۸۰۸ قانون مدنی شرایطی را برای ایجاد و اعمال حق شفعه بیان کرده‌اند که ما

ذیلاً آن‌ها را بیان کرده و هرکدام را توضیح مختصری خواهیم داد:

وجود شرکت

وجود شرکت و حالت اشاعه در اموال میان دو شریک زمینه اصلی ایجـاد حـق شـفعه اسـت. تصـرف مشترک شریکان در مال مشاع و تعامل و همزیستی در نفع گوناگون در یک موضوع، نیاز بـه حسـن نیـت و صبر و تحمل فراوان دارد زیرا شریک نااهل می‌تواند انتفاع از مال را غیرممکن سازد و حتی آن را به نـابودی کشاند. اگر گفته شود که هریک از شرکا می‌توانند شراکت را به هم بزنند و درخواست تقسیم مال را بنماینـد در جواب باید گفت که تحمل تقسیم ضرر نیز آسان نیست، و نـه‌تنها در برخـی مـوارد هزینـه فـراوان دارد، گاهی اوقات از مرغوبیت و کمال انتفاع مال می‌کاهد. به همین دلیل باید گفت شخصیت هر شریک بـرای طرف مقابل اهمیت اساسی و بنیادین دارد. حق شفعه وضع گردیده برای جلوگیری از ضرری کـه به‌واسـطه این تغییر شریک به وجود آمده است و راه‌حلی است برای بر هم زدن حالت اشاعه و ایجاد وحـدت مالـک (کاتوزیان، ایقاع، ۲۲۳).

غیرمنقول بودن مال

مشهور فقهای امامیه با تکیه بر نصوص وارده در بـاب شـفعه حـق شـفعه را فقـط در امـوال غیرمنقـول پذیرفته‌اند. این شرط اولین شرط مذکور در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز هست. صاحب جواهر می‌گوید ایـن مسئله از مسائل اجماعی است (۳۷/ ۲٤۰)، اما در مـورد ثبـوت حـق شـفعه در امـوال منقـول میـان فقهـا اختلاف نظر وجود دارد محقق اردبیلی در مورد این شرط از اختلاف بسیار میان فقهای امامیـه یـاد می‌کنـد (۹/ ۱۳).کسانی همچون شیخ طوسی، شیخ مفید، سید مرتضی، ابن ادریس و ابوصلاح حلبی حق شفعه را در اموال منقول، چون: لباس، ابزار آلات، کشتی، حیوان و امثال آن جاری دانسته‌اند (طوسی، ٤۲۳؛ مفید، ٦۱۹؛ سید مرتضی، ٤٤۸؛ ابن ادریس، ۲/ ۳۸۸؛ حلبی، ۳٦۲).

قابل‌تقسیم بودن مال

مطابق نص صریح ماده ۸۰۸ و نیز گفته‌های صریح فقهای امامیه، مال غیرمنقول باید از امـوالی باشـد که قابل‌تقسیم باشد، تا اینکه زمانی که شریک دیگر حق خود را واگذار نمود، شریک دیگر بتواند بـا اعمـال حق شفعه حصه مزبور را تملک کند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۲٤۲). ایـن شـرط نیـز نظیـر شـرط سابق (غیرمنقول بودن مال) از شروط اختلافی میان فقیهان امامیه است. بزرگـانی همچـون شـیخ طوسـی،

شیخ مفید، سید مرتضی، ابن جنید اسکافی، ابن ادریس حلی و برخی دیگر شرط قابل‌تقسیم بودن مال را نپذیرفته‌اند. صاحب ریاض و امام خمینی نیز به این قول تمایل دارند. صاحب ریاض قول به عدم اشتراط قابل‌تقسیم بودن مال را اظهر دانسته است. (طباطبایی، ۱۴/ ۵۵).

دو نفر بودن شرکا

مطابق متون فقهی و نیز قانون مدنی، حق شفعه در مال غیرمنقول قابل‌تقسیم، زمانی برای شریک دیگر به وجود می‌آید که مال مزبور فقط در مالکیت دو نفر باشد و نه بیشتر، و هرگاه تعداد شرکا بیش از دو نفر باشد هیچ‌یک نمی‌تواند با استناد به شفعه، حصه فروخته‌شده را تملک کند (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۲/ ۲۳). در مورد شرط مزبور نیز باید گفت که از شروط اجماعی نبوده و در مورد آن اختلاف دیدگاه وجود دارد. هر دو گروه نیز روایات را مستند خود می‌دانند زیرا که در برخی روایات، نظیر روایت یونس آمده: «إن زاد علی الاثنین فلا شفعة لأحد منهم» و در روایات دیگری نیز آمده است: «الشفعة علی عدد الرجال»(حر عاملی، ۲۵/ ۴۰۲). سید مرتضی در کتاب الانتصار از ابن جنید نقل می‌کند که ایشان معتقدند که در «عقار» (املاک غیرمنقول) برای بیشتر از دو شریک نیز حق شفعه وجود دارد. در ماده ۱۰۱۳ المجله نیز شفعه با تعدد شرکا موردقبول واقع شده است: «اذا تعددت الشفعاء یعتبر عدد الروءوس و لا یعتبر مقدار السهام، یعنی لا اعتبار لمقدار الحصص» (کاشف الغطاء، ۳/ ۱۸۰)؛ به این معنا که هرگاه شرکای دارای حق شفعه بیش از دو نفر باشند، تعداد آن‌ها ملاک محاسبه است، نه میزان سهم‌الشرکه. کاشف الغطاء نیز همین قول را مشهور میان فقهای امامیه می‌داند. (همو)

انتقال از طریق بیع

مشهور فقهای امامیه بلکه اکثریت قریب به اتفاق آنان، با تکیه‌بر نصوص وارده در باب شفعه معتقدند که حق شفعه تنها در موردی به وجود خواهد آمد که حصه مبیعه به‌وسیله عقد بیع به دیگری منتقل‌شده باشد. بنابراین هرگاه یکی از دو شریک سهم خویش را به سبب یکی دیگر از عقود معاوضی نظیر صلح معاوضی به دیگری منتقل کند، برای شریک دیگر، حق شفعه به وجود نمی‌آید (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/ ۳۳۹؛ محقق حلی، ۳/ ۲۰۰). قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ همین دیدگاه را پذیرفته و مقرر داشته است: «... هرگاه ... یکی از دو شریک حصه خود را به‌قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند ...» قانون مدنی برای دفع هرگونه ابهام در ماده ۷۵۹ تصریح می‌کند که: «حق شفعه در صلح نیست، هرچند در مقام بیع باشد. همان‌گونه که گفته شد مستند فقهای امامیه نصوص وارده در مقام است، نظیر حدیث امام صادق علیه‌السلام که فرموده‌اند: «الشفعة فی البیوع» (حر عاملی، ۲۵/ ۳۹۶) و نیز روایت دیگری که در

مقام پدید آمدن حق شفعه می‌گوید: «... فباع أحدهما نصیبه» (همان، ۴۰۲). فقهای امامیه با توجه به اجماع و نیز با استناد به روایاتی که در مضمون آن‌ها فقط کلمه بیع استعمال شده است، حکمی را استخراج کرده‌اند که ازنظر فقهی و حقوقی و با توجه به قواعد حاکم بر قراردادها، به‌هیچ‌وجه قابل توجیه نیست. ما در ادامه بحث، نقد اقوال فقها و ادله خویش را برای تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی می‌آوریم:

استناد به اجماع

فقهای امامیه ادعای اجماع دارند که حق شفعه تنها در صورتی ایجاد می‌شود و شریک حق اخذ به شفعه می‌یابد که حصه مشاع به‌وسیله عقد بیع منتقل‌شده باشد و انتقال به‌وسیله سایر عقود حتی عقد صلح معوض، تأثیری در ایجاد حق شفعه ندارد (حسینی عاملی، ۱۸/ ۴۴۲). تعاریف متفاوتی در مورد اجماع از طرف فقهای اسلام اعم از سنی و شیعه ارائه شده است ولی می‌توان گفت قدر جامع میان این تعبیرات آن است که کسانی که نظرشان برای اثبات احکام شرعی دارای ارزش و اعتبار است، اتفاق‌نظر بر یک حکم خاص داشته باشند (محمدرضامظفر، ۳/ ۱۰۲). البته علمای ما معتقدند که اجماع در صورتی از ادله اثبات احکام شرعی است که کاشف از قول و رأی معصوم باشد. اما آنچه ضعف اجماع یادشده را ظاهر می‌کند روایاتی است که در موردحق شفعه از جانب پیامبراکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) واردشده است که فقها همواره برای اثبات اصل وجود حق شفعه و احکام خاص آن و خصوصاً اختصاص شفعه به عقد بیع بدان‌ها تمسک کرده‌اند؛ از این رو قطعاً اجماع مزبور مدرکی بوده و چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از قول معصوم باشد و در نتیجه حجت نیست. و در موارد چنینی که روایات در اختیار است و حکم اجماعی نشئت‌گرفته از آن است، بهتر آن است که به اجماع استناد نشود زیرا ضعف آن واضح است. این نکته را نیز یادآور می‌شویم که در میان فقها ابن جنید مخالف قول مشهور بلکه اجماع فقهای امامیه است، لیکن از آن‌جا که وی گویا قائل به حجیت قیاس بوده و گفته شده عمل به قیاس در آراء او غیرقابل انکار است، مخالفت او را مضر به اجماع نمی‌دانند. اینکه ابن جنید در استنباط احکام شرعی از قیاس مردود یاری می‌جسته تقریباً واضح است ولی در این مورد خاص یعنی عدم اختصاص حق شفعه به عقد بیع، قیاس او از نوع قیاس منصوص العله بوده که باطل نیست و در ادامه در مورد آن بیشتر بحث خواهیم کرد.

اطلاق بیع بر تمامی معاوضات در عصر شارع

در عصر شارع و نزول وحی، بیع به معنی مطلق معاملات معوض به کار گرفته‌شده است؛ چنانکه از آیه نهم سوره جمعه برمی‌آید، وگرنه کسانی که مشمول آیه یازدهم بوده‌اند می‌توانستند نماز را ترک کرده و دنبال قافله‌های تجارتی بروند و مقاصد خود را تحت عنوان عقد صلح درآورند، حال‌آنکه هیچ‌کس چنین کاری را

نکرده و نمی‌کند. در صدر اسلام، بیع موضوعاً معنی وسیع داشت که بیع کنونی شعبه‌ای از آن است. بعدها در مفهوم بیع دگرگونی‌هایی پدید آمد. شاهد مثال این موضوع فقط آیه کریمه نیست و نه تنها لفظ بیع در زمان نزول وحی در مورد مطلق معاوضات به کار گرفته می‌شده بلکه در میان روایات منقول از ائمه اطهار نیز اطلاق بیع بر دیگر عقود وجود دارد به‌عنوان‌مثال روایتی[1] بدین مضمون در باب اجاره وارد شده است: از امام (ع) درباره کسی پرسیدم که چراگاه‌هایی می‌خرد - که در آن به پنجاه درهم یا کمتر یا بیشتر به چرا داده می‌شود - و قصد می‌کند تا با خود کسانی را که در آن محل چهارپایانی بچرانند داخل گرداند و قیمتش را از آنان بگیرد - حضرت فرمود: می‌تواند هر کسی را که بخواهد با خود داخل گرداند به بعض (بخشی از) آنچه داده است - و اگر با خود چهل و پنج گوسفند داخل گرداند - و هر گوسفند به یک درهم باشد اشکالی ندارد - و اگر آن شخص در آن محل چهارپایی را چرانیده باشد قبل از اینکه یک یا دو ماه یا بیشتر از آن، شخصی را داخل گرداند، بعد از اینکه به آنان مسئله را توضیح داده باشد، اشکال ندارد و نمی‌تواند آن جا را به ۵۰ درهم بفروشد و به همراه آنان چهارپا بچراند - و نه بیشتر از پنجاه و به‌همراه ایشان بچراند - مگر اینکه در آن چراگاه کاری را انجام داده باشد - چاهی را حفر کرده باشد یا رودی را شکافته باشد (ایجاد کرده باشد) - یا با رضایت صاحبان چراگاه، در آن محل رنج و زحمتی متحمل گردد (کاری صورت دهد)- پس اشکالی نیست در اینکه آن محل را بفروشد به بیش از آنچه خریده است؛ زیرا در آن جا کاری انجام داده و به این سبب، فروش وی صحیح است (حرعاملی، ۱۹/ ۱۳۱). صاحب وسائل الشیعه ذیل این روایت چنین می‌گوید که ظاهراً منظور از خرید و فروش در اینجا اجاره است، همانگونه که کلینی و دیگران چنین برداشت کرده‌اند وگرنه این احکام در بیع جاری نیست (همان). مثال دیگر روایتی[2] است که در مورد بیع کالی به کالی واردشده است که مضمون آن چنین است. به امام رضا (ع) عرض کردم مردی دینی را که بر عهده شخص دیگری بوده خریده، سپس به مدیون اصلی مراجعه کرده و گفته است که آنچه را که فلان شخص برعهده تو دارد به من بپرداز؛ زیرا آن را از او خریده‌ام، امام (ع) فرمودند: آنچه آن شخص به طلبکار پرداخته را می‌تواند بگیرد و مدیون نسبت به باقیمانده بری می‌شود (حرعاملی، ۱۸/ ۳۴۷). شهید ثانی می‌گوید: می‌توان گفت که در این روایت از کلمه بیع معنی مجازی ضمان اراده شده است، زیرا که هر دو

---

[1] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يحْيى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَينِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مَرَاعِي يرْعَى فِيهِ بِخَمْسِينَ دِرْهَماً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ- فَأَرَادَ أَنْ يدْخِلَ مَعَهُ مَنْ يرْعَى فِيه وَ يأْخُذَ مِنْهُمُ الثَّمَنَ- قَالَ فَلْيدْخِلْ مَعَهُ مَنْ شَاءَ بِبَعْضِ مَا أَعْطَى- وَ إِنْ أَدْخَلَ مَعَهُ بِتِسْعَةٍ وَ أَرْبَعِينَ- وَ كانَتْ غَنَمُهُ بِدِرْهَمٍ فَلَا بَأْسَ- وَ إِنْ هُوَ رَعَى فِيهِ قَبْلَ أَنْ يدْخِلَهُ بِشَهْرٍ أَوْ شَهْرَينِ- أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِك بَعْدَ أَنْ يبَينَ لَهُمْفَلَا بَأْسَ- وَ لَيسَ أَنْ يبِيعَهُ بِخَمْسِينَ دِرْهَماً وَ يرْعَى مَعَهُمْ- وَ لَا بِأَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ وَ يرْعَى مَعَهُمْ- إِلَّا أَنْ يكونَ قَدْ عَمِلَ فِي الْمَرْعَى عَمَلًا- حَفَرَ بِئْراً أَوْ شَقَّ نَهَراً- أَوْ تَعَنَّى فِيهِ بِرِضَا أَصْحَابِ الْمَرْعَى- فَلَا بَأْسَ بِبَيعِهِ بِأَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ- لِأَنَّهُ قَدْ عَمِلَ فِيهِ عَمَلًا فَبِذَلِك يصْلُحُ لَهُ.

[2] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يحْيى وَ غَيرِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيلِ قَالَ: قُلْتُ لِلرِّضَا ع رَجُلٌ اشْتَرَى دَيناً عَلَى رَجُلٍ- ثُمَّ ذَهَبَ إِلَى صَاحِبِ الدَّينِ- فَقَالَ لَهُ ادْفَعْ مَا لِفُلَانٍ عَلَيك فَقَدِ اشْتَرَيتُهُ مِنْهُ- قَالَ يدْفَعُ إِلَيهِ قِيمَةَ مَا دَفَعَ إِلَى صَاحِبِ الدَّينِ- وَ بَرِئَ الَّذِي عَلَيهِ الْمَالُ مِنْ جَمِيعِ مَا بَقِي عَلَيهِ.

عقد در این امر که عقد معاوضی هستند، شبیه یکدیگرند (شهیدثانی، الروضة البهیه، ۱/ ۳۴۳). این روایت بااینکه در عصر امام رضا (ع) واردشده و از عصر پیامبراکرم فاصله زیادی داشته است بـازهم ایـن احتمـال دادەشده که مراد از بیع، عقد ضمان باشد با آنکه عقد ضمان تفاوت‌های اساسی با عقد بیـع دارد حـال چـه رسد به عقودی همچون معاوضه یا صلح معوض که تشخیص آن‌ها از عقد بیع کاری بس دشوار است و در برخی موارد فقط قصد طرفین است که نوع عقد را مشخص می‌کند. البته درست است که نمی‌تـوان بـه‌طور قطع و یقین گفت که منظور امام (ع) از بیع و شراء، عقد ضمان است ولی چون این اطلاق در میان روایـات وجود دارد، چنین احتمالی از سوی فقها مطرح‌شده است که می‌تواند مؤیدی بر مـدعای مـا باشـد. شـاهد مثال دیگر تصریح به لفظ بیع در روایات مبنی بر عدم جواز بیع سلاح به اعدای دین است مثلاً در روایتـی[۳] از امام صادق (ع)این مضمون رسیده که: ای علی (ع) ده گروه از این امت کفر به خداونـد ورزیده‌انـد، و از جمله فروشنده سلاح به اهل حرب (حرعاملی، ۱۷/ ۱۰۳). عدم جواز در اختیار قراردادن سـلاح بـه اعـداء دین در کلام فقها نیز به همان لفظ بیع آمده است (شهید اول، ۱۰۳). حال آیا می‌تـوان بـه اسـتناد اینکـه در روایت لفظ بیع آمده است، قائل به جواز هبه یا مصالحه سلاح به اعداء دیـن شـد؟ قطعـاً نمی‌تـوان چنـین برداشتی از کلام معصوم (ع) کرد؛ زیرا غرض از صدور چنین حکمی عدم همکاری و تقویت جبهـه کفـار است؛ از این رو باید هدف این قانون رعایت شود. در مورد بیع سلاح به اعداء دین حتـی امـام تصـریح بـه غرض خود نکرده است که البته غرض ایشان از صدور چنین حکمی معلوم است ولی در مورد حـق شـفعه دقیقاً هدف خود از وضع چنین حکمی را بیان داشته و آن جلوگیری از اضرار به شریک است. بنـابراین بایـد به دنبال هدف شارع از تأسیس این حکم و امثال آن باشیم نه آنکه در پی تفسیر مضیق نصوص بـرآییم و در الفاظ آن‌ها جمود ورزیم. این‌گونه موارد از قبیل تفسیر متون جزائی و کیفـری نیسـت کـه قانونگـذار از هـر واژه‌ای استفاده کند باید کلام وی در حدود معنی همان کلمه تفسیر شـود و نتـوان بـه‌هیچ وجـه از مفـاد آن الفاظ تعدی کرد. با توجه به ادله مذکور می‌توان گفت شفعه در سایر معاوضات نیز بدون تردید وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز معتقدند تقابل میان صلح و بیع بدین‌صورت که امروزه وجود دارد در قـرون بعـدی پدید آمده و در صدر اول اسلام نبوده است (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۳/ ۲۲۹۶).

عدم تصریح روایات به غیر بیع

در روایات صادره در مورد شفعه هیچ تصریحی به عدم ایجاد حق شـفعه در سـایر عقـود معارضـی بـه چشم نمی‌خورد، فقط همان‌گونه که صاحب مفتاح الکرامه می‌گویند (حسینی عـاملی، ۱۸/ ۴۴۲) در یـک

---

[۳] مُحَمَّدُ بْنُ عَلِی بْنِ الْحُسَینِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو وَ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِیهِ جَمِیعاً عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ ع فِی وَصِیةِ النَّبِی ص لِعَلِی ع قَالَ: یَا عَلِی کَفَرَ بِاللَّهِ الْعَظِیمِ مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ عَشَرَةٌ إِلَی أَنْ قَالَ وَ بَائِعُ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ.

روایت در مورد شخصی که سهم خویش، از مال مشاع را صداق زوجه خویش قرار داده است آمده، که شریکان دیگر حق شفعه ندارند.

برای وضوح بیشتر مطلب بهتر آن است که یادآور اصل روایت بشویم. در این روایت آمده است که: سؤال کردم از امام باقرعلیه‌السلام در مورد مردی که با زنی ازدواج‌کرده و منزلی را صداق او قرار داده است و آن مرد با دیگران در آن خانه شریک بوده است. امام علیه‌السلام فرمودند که جایز است مهریه قرار دادن آن خانه برای مرد و قبول آن توسط زن نیز صحیح است و سپس فرمودند برای هیچ‌یک از شرکا حق شفعه وجود ندارد (حرعاملی، ۲۵/ ۴۰۷).

اما اولاً سؤال اینجاست که چگونه فقها بدین روایت برای اثبات عدم حق شفعه در قرار دادن مال مشاع به‌عنوان مهریه استناد کرده‌اند و حال‌آنکه در روایت لفظ «شرکا» آمده و نه «شریکین»، مگر نه آن است که فقهای امامیه و به تبعیت از ایشان قانون مدنی حق شفعه را فقط در موردی جاری می‌دانند که مال مشاع میان دو شریک باشد.

ثانیاً این‌گونه نیست که عقد نکاح از عقود معاوضی باشد آن‌هم نوعی از معاوضات که تعادل میان عوض و معوض به‌طور دقیق مدنظر طرفین باشد و حال‌آنکه ما می‌گوییم حق شفعه زمانی به وجود می‌آید، که انتقال به‌وسیله یکی از عقود معوض نظیر صلح معاوضی باشد، آن‌هم بدین شرط که تعادل میان عوض و معوض عرفا رعایت شود و به‌اصطلاح بهتر همان نتیجه بیع مدنظر باشد. اما اینکه در روایات لفظ بیع آمده است منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه نداشته باشد چنان‌که شهید ثانی در توضیح کلام محقق که فرموده‌اند در ایجاد حق شفعه شرط است که انتقال به‌وسیله بیع باشد می‌فرمایند: «هذا هو المشهور بین الأصحاب، بل کاد یکون إجماعا. و لیس علیه دلیل صریح، و إنما تضمنت الروایات ذکر البیع، و هو لا ینافی ثبوتها بغیره» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲/ ۲۷۳)؛ یعنی حکم ایجاد حق شفعه به‌وسیله عقد بیع مشهور در میان اصحاب است و حتی مسئله نزدیک به مسائل اجماعی است ولی دلیل صریحی بر این حکم وجود ندارد و اینکه روایات تنها بیع را متذکر شده‌اند منافاتی ندارد با ثبوت شفعه در سایر معاوضات. مرحوم خوانساری نیز در این زمینه پس از نقل روایات باب شفعه که در آن‌ها لفظ «بیع» آمده و فقها از آن حصر را استفاده نموده‌اند و نیز اجماع منقول در مبسوط شیخ طوسی، می‌فرماید: اگر مسئله از اجماعیات باشد بحثی نیست، و الا می‌توان در روایات خدشه نمود، زیرا که از روایات نمی‌توان «حصر» را استفاده نمود و سپس مثال می‌زنند که مثلاً اگر گفته شود صلح جایز است مگر آنکه حرامی را حلال نماید، یا حلالی را حرام نماید، آیا می‌توان از چنین کلامی حصر را استفاده نمود؟ ایشان در ادامه در تمامی روایات باب شفعه که در آن‌ها لفظ «بیع» و نظایرش آمده و فقها بدان استناد نموده‌اند خدشه و

مناقشه کرده‌اند (خوانساری، ۶/ ۳۱۵). در مورد اجماع نیز باید گفت که اجماع ادعاشده قطعاً مدرکی بوده و مجالی برای استناد به آن نیست.

استناد به لا ضرر ذیل روایت شفعه

آن‌گونه که در روایات نبی اکرم (ص) در مقام تشریع حق شفعه آمده است حضرتشان برای وضع حق شفعه دلیل را قاعده لا ضرر دانسته‌اند. فقها نیز در آثار خویش تأکید دارند که تشریع حق شفعه برای دفع ضرر شریک است (طباطبایی، ۱۴/ ۵۵؛ ملامحسن فیض، ۳/ ۷۶). برای تبیین هرچه بهتر موضوع، قبل از استناد به قاعده لاضرر که در روایات مربوط به‌حق شفعه مذکور است بهتر آن است که ابتدا شرح داده شود که مراد از ضرر ناشی از انتقال حصه مال مشاع توسط شریک چیست؟ به عبارت بهتر اگر حق شفعه نبود چه ضرری بر شریک دیگر وارد می‌شد که ایجاد حق شفعه آن ضرر را نفی می‌کند؟ نخست باید متن روایت عقبه بن خالد را بیاوریم که بدین قرار است «قضی رسول الله ص بالشفعة- بین الشرکاء فی الأرضین و المساکن- و قال لا ضرر و لا ضرار- و قالإذا أرفت الأرف- و حدت الحدود فلا شفعة». مراد از ضرر در حدیث مذکور ضرری است که پس از نقل حصه به شخص ثالث بروز می‌کند، یعنی ضرر ناشی از قسمت در مقابل ضرر ناشی از شرکت، البته چنانچه بتوان شرکت را از عیوب به شمار آورد؛ زیرا بیشتر به عدم‌النفع شباهت دارد. پس ضرر در باب شفعه عبارت است از افزایش درصد احتمال مطالبه افراز مال مشاع (از سوی شریک جدید یا همان مشتری) که اگر این اتفاق بیفتد می‌تواند هزینه‌های زیادی را بر شریک دیگر تحمیل کند مانند حفر چاه جدید، ساختن انباری، آشپزخانه و غیره، خرید تلفن جدید و نصب کنتور آب و گاز و غیره. اما قبل از انتقال حصه، دو شریک روزگاری باهم انس و عادت گرفته‌اند و با یکدیگر و در کنار هم به اداره مال پرداخته‌اند (جعفری لنگرودی، الفارق، ۳/ ۱۷۴). فقهایی که حق شفعه در ملک همسایه را قبول نکرده‌اند به همین دلیل است؛ زیرا چنین ضرری در آن وجود ندارد.

از میان فقهای امامیه تنها شخصی که قائل به وجود حق شفعه در سایر معاوضات است ابن جنید است. ظاهراً ایشان نیز با توجه به لا ضرر که علت منصوص در روایت است، چنین نظری را ارائه کرده است. وی برای اثبات دیدگاه خویش چنین استدلال نموده است: حکمی که شفعه را در عقد بیع اثبات کرده در سایر معاوضات نیز وجود دارد، بنابراین هیچ عقدی از دیدگاه شرع در این زمینه دارای خصوصیت ویژه نیست، ازاین‌رو یا باید حق شفعه در تمامی معاوضات جاری شود و یا در هیچ‌یک جاری نشود و اثبات شفعه در برخی از معاوضات و عدم جریان آن در برخی دیگر ترجیح بلا مرجح است (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/ ۳۴۰).

علامه و دیگران در جواب از دلیل ابن جنید گفته‌اند کـه ایـن عمـل قیـاس بـوده و مـا بـه قیـاس عمـل نمی‌کنیم. درحالی‌که علت وضع حق شفعه در روایات ما بیان‌شـده و هـدف از آن جلـوگیری از اضـرار بـه دیگری است؛ هدفی که در شرع مقدس جایگاه والایی دارد. این نوع از استدلال که در کلام ابن جنید آمـده در کلام فقهای بزرگی نظیر صاحب جواهر و فقهای دیگر نیز دیـده می‌شـود کـه ذیـلاً بـه چنـد مورداشـاره می‌شود:

۱- تعمیم حکم ارتداد زوج به طلاق: اگر زوج بعد از انعقاد عقد نکـاح و قبـل از آنکـه بـا همسـرش هم‌بستر شود، مرتد شود، عقد ازدواج آن دو باطل‌شده و مطابق نظر محقق حلی در کتـاب شـرایع الاسـلام نصف مهر بر مرد لازم می‌شود (محقق حلی، ۲/ ۲۳۸). صاحب جواهر این ارتداد را نازل منزله طلاق قبل از دخول دانسته و احکام طلاق قبل از مباشرت را بر آن بار کرده است. بنـابراین همان‌گونـه کـه بـر اسـاس روایات طلاق قبل از دخول نصف مهریه را بر مرد واجب می‌کند، ارتداد قبل از دخـول هـم موجـب ثبـوت نصف مهر می‌شود (یزدانی، محمد مهدی و دیگران، ۱۵۴).

۲- تشبیه دندان اضافی به انگشت اضافی؛ اگر شخصی انگشت اضافی کسی را قطع نماید. دیه‌ای کـه در اثر این جنایت باید بپردازد، یک‌سوم دیه اصلی است. روایاتی که حکم مذکور را بیان داشته‌اند، دیه ثلث را فقط در مورد انگشت بیان کرده‌اند. اکثر فقها دیه دندان زائد را نیز ثلث دیه کامل دانسته‌اند (شیخ طوسی، مبسوط، ۷/ ۱۰۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵/ ۴۲۱). در این حکم فقها حکم مـذکور در روایـات در باب انگشت زائد را به دندان زائد تعمیم داده‌اند.

صاحب جواهر در ابتدا می‌گوید: این حکم مختص انگشت اضـافی اسـت و تعمـیم دادن آن بـه بقیـه اعضا قیاس است، سپس با یک استدراک نظر خود را تغییر داده، می‌نویسد: مگر اینکه ما بتوانیم از روایـات یک قاعده کلی را استخراج کنیم و بگوییم که قطع هر عضو اضافی در بدن، ثلث دیـه عضـو اصـلی اسـت همان‌گونه که از کتاب مسالک و مجمع الفائدة والبرهان این مطلـب بـه دسـت می‌آیـد. درنتیجـه صـاحب جواهر از روایات ملاک حکم را استنباط کرده و با استفاده از آن ملاک، حکم دیه جنایت بر سـایر اعضـای زائد بدن را نیز به دست آورده است (۴۳/ ۲۳۴). نظیر این‌گونه استدلال و تعمیم و ملاک‌گیری در احکام در میان فقها زیاد دیده می‌شود. و حال‌آنکه هیچ تصریحی به علت وضع حکم در آن موارد نشده است، ولی در مورد شفعه بدین شکل نیست بلکه در خود روایت استناد به لا ضرر شده اسـت و حتـی نویسـندگان کتـب قواعد فقه روایت تشریع شفعه را از مستندات قاعده لا ضرر می‌دانند (بجنوردی، ۱/ ۲۱۲).

با توجه به نکات مذکور می‌توان دیدگاه ابن جنید در این مورد را پذیرفت و گفت کـه تعمـیم شـفعه بـه سایر عقود معاوضی از باب قیاس باطل نیست. این نوع از اسـتدلال را شـاید بتـوان مطـابق قاعـده اشـباه و

نظایرکه بعضی از حقوقدانان ارائه داده‌اند و مدعی آن هستند که از نوع قیاس باطل نیست، نیز توجیه نمود (جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۶۸).

در مورد قاعده لاضرر و استناد به آن باید یادآور نکته‌ای بشویم و آن اینکه ممکن است کسی چنین ایراد کند که هیچ‌یک از فقهای امامیه برای تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از بیع به قاعده لاضرر استناد نکرده‌اند. چنین اشکالی ممکن است مطرح شود زیرا برخی از اعاظم فقه امامیه در مورد قاعده لاضرر که نقشی بس مهم در استنباط احکام اسلامی دارد این‌گونه نظر داده‌اند که نمی‌توان به‌طور آزادانه و بدون قید و شرط به این قاعده عمل کرد و آن را بر مسائل فقهی انطباق بخشید، بلکه بایستی همواره رعایت دیدگاه‌ها و فتاوای اصحاب را نمود و نبایستی از حدود آن فتاوا خارج شد وگرنه فقهی جدید تأسیس می‌گردد. مثلاًدر مورد شرط فاسد در عقد، میان فقهای امامیه اختلاف‌نظر وجود دارد و عده‌ای معتقدند که فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند که این دیدگاه را قانون مدنی در ماده ۲۳۲ پذیرفته است. اما فرع دیگری که ناشی از این دیدگاه است و در بحث حاضر مدنظر ماست آن است که آیا مشروط‌له در شرط فاسد و ممنوع، اگر جاهل به فساد شرط است، می‌تواندبه‌وسیله خیار، عقد را فسخ کند یا خیر؟ قانون مدنی که در ماده ۳۹۶ خیارات را احصا کرده است در این مورد سخنی به میان نیاورده است ولی برخی معتقدند که مشروط له چنین حقی دارد که عقد را فسخ کند، زیرا که این مورد هم از قبیل خیار تخلف شرط است. شیخ انصاری در رد این دیدگاه چنین بیان می‌دارد: «أنّ العمدة فی خیار تخلف الشرط هو الإجماع، و أدلة نفی الضرر قد تقدم غیر مرة أنها لا تصلح لتأسیس الحکم الشرعی إذا لم یعتضد بعمل جماعة؛ لأنّ المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسیس فقهٍ جدیدٍ» یعنی عمده دلیل و مدرک خیار تخلف شرط (ماده ۴۴۴ قانون مدنی) اجماع فقهای امامیه و نیز قاعده لاضرر است. ولی زمانی می‌توان به لاضرر استناد کرد که عده‌ای از اصحاب هم به آن عمل کرده باشند؛ زیرا پیداست که هرگاه به عموم لاضرر عمل کنیم فقهی جدید تأسیس می‌شود (شیخ انصاری، ۶/ ۱۰۱). شاید دلیل آنکه فقهای ما در مورد شفعه به قاعده لاضرر و عمومیت این قاعده عمل‌نکرده‌اند نیز همین باشد که کسی در این مورد خاص به آن عمل‌نکرده است. ولی اولاً دلیلی بر این مدعا وجود ندارد که حتماً باید عده‌ای از فقها در یک حکم خاص به قاعده لاضرر استناد کرده باشند تا دیگران نیز بتوانند به آن عمل کنند. ثانیاًدر روایات باب شفعه نص لاضرر آمده است و نمی‌توان به‌سادگی از آن چشم‌پوشی کرد.

تفسیر مستلزم نقض غرض شارع یا قانون‌گذار

فقهای امامیه نقش عقل در استنباط احکام شرعی را پذیرفته‌اند و به عقل انسان و درستی نتایجی که از

این راه به دست می‌آید در حدود قلمرو حجیت عقل، اعتقاد و اعتماد کامل دارند و احکامی را کـه عقـل از متون روایات استنباط می‌کند پذیرا هستند. وقتی قانون‌گذار عادی در مجالس قانون‌گذاری به‌طور مسـلم در گفتار خود رعایت قوانین عقل و منطق را می‌کند، شارع مقدس که در رأس عقلا است به‌طور حـتم اهـداف متعالی و خاصی را در وضع احکام رعایت می‌کند و قواعدی را به دست می‌دهـد کـه به‌وسـیله ایـن قواعـد می‌توان اغراض او را کشف نمود و راه‌حل‌هایی برای وضع بهتر قوانین به دست آورد. حـال در مقـام تفسـیر کلام شارع و قانونگذار از شرایط اساسی و بنیادین آن است که نتیجه مستخرج با اغراض مسلم او متنـاقض یا در تضاد نباشد. این امر در مورد قانون‌گذار عادی از طریق قوه مقننه، امری واضح و روشن است زیرا هـر عاقل عادی سعی دارد که از تناقض‌گویی برکنار باشد. به‌عنوان‌مثال اگر کسی قبل از فوت و در حـال مـرض موت، اموال خویش را به‌قصد محروم کردن برخی از ورثه به یکی از آن‌ها یا به شخص دیگر صلح بلاعوض یا محاباتی کند این صلح را که متضمن حیله و تقلب نسبت به قانون است و مخالف غـرض قانون‌گـذار از مقررات ارث (که هدف آن حفظ خانواده است) باید مشمول ماده ۷۵۴ قانون مـدنی دانسـت، و حکـم بـه ابطال آن نمود. اگر ماده مذکور را به نحوی دیگر تفسیر کنیم باید ناگزیر مقنن را بـه نقـض غـرض خـویش متهم کنیم و این تالی فاسدی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد. دیدیم که در مقام تفسیر عباراتی که در مقام قانون‌گذاری از طرف قانون‌گذار عادی هستند باید عبارات به نحوی تفسیر شـود کـه بـه غـرض قانون‌گـذار لطمه وارد نشود. حال که امر در مورد قانون‌گذار عادی بدین شکل است در مورد شارع مقـدس کـه رئـیس عقلا است به‌طریق‌اولی باید کلام او متناسب با غرض او تفسیر شود. چگونه ممکن است شارع حکیم حق شفعه را تشریع نموده و دلیل آن را جلوگیری از ضرر رساندن به غیر بداند، سپس به‌راحتی اجـازه بدهـد کـه اشخاص قالب عقد را تغییر داده و برخلاف اغـراض او بـه‌طرف مقابـل ضـرر وارد کننـد. چنـین عملـی از مجالس قانون‌گذاری عادی سر نمی‌زند چه رسد به شارع مقدس. اما در مورد شفعه باید این نکته را یـادآور شد که بدین گونه نیست که ما به‌وسیله تنقیح مناط غیر قطعی یا قیاس و این دست از قواعد استنباط که مورد قبول فقهای امامی نیست به دنبال کشف غرض شارع از ایجاد حق شفعه باشیم، بلکه خـود شـارع مقـدس تصریح به هدف از وضع حق شفعه کرده و بیان داشته که هدف او نفی ضرر است. در سیستم حقوقی اسلام هرگاه مراد شارع محرز باشد، کسی حق ندارد تفسیری برخلاف اراده شارع مقدس ارائه کند.

مسدود کردن باب حیله و نیرنگ

اختصاص حق شفعه به عقد بیع این عیب مهم را دارد که باب حیله را می‌گشاید. مثلاً شریکی که قصد فروش حصه خود را دارد مقصود خود را در قالب صلح پیـاده کـرده و آسـوده‌خاطر از مزاحمـت شـریکان،

حصه را انتقال می‌دهد و به‌راحتی به شریک خود ضرر وارد می‌کند. نظام حقوقی (آن‌هم نظام حقوقی اسلام که از منبع وحی مستفاد است) باید از بند بازی با الفاظ و نیرنگ‌ها خلاص شود و به‌سوی نیازهای اجتماعی و عقلی شدن گام بردارد. حق اولویت شریک در خرید سهم مشاع شریک دیگر، نیازی است معقول؛ ولی قانون‌گذار باید با احترام به این نهاد دیرپا و تاریخی آن را چنان بیاراید که تعارض کمتری با قواعد پیدا کند.

اختصاص حکم به عقود معاوضی

قراردادها همواره نقشی اساسی و بنیادین در زندگی اجتماعی دارند اما نقش اساسی و اصلی آن‌ها در زندگی بشر توزیع و مبادله ثروت از راه طبیعی و عادلانه آن است، راهی که ابتکارهای شخصی را تقویت کند و در رعایت آن اجبار خارجی احساس نشود. در دنیای کنونی، اگر کسی مالی را به دیگری بدهد و یا تعهدی را در مقابل دیگری به گردن می‌گیرد، غالباً برای آن است که در مقابل نفعی به همان اندازه و یا بیشتر به دست آورد. به همین دلیل، معمولاً قراردادها دارای دو تعهد یا تملیک متقابل هستند، یعنی هریک از طرفین قرارداد، در مقابل مالی که می‌پردازد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را به دست می‌آورد، این گروه از قراردادها که برحسب طبیعت خود وسیله معاوضه و معامله است، عقود معوض نامیده می‌شوند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۱۱۳). بااین‌همه نباید چنین پنداشت که در همه قراردادها هدف نهایی کسب سود و به دست آوردن درامد است. در کنار ملاحظات اقتصادی، اخلاق نیز سهمی بسیار زیاد در گسترش نقش عقود و قراردادها در میان جامعه دارد. گاه شخص به‌قصد احسان با طرف دیگر پیمان می‌بندد یا اقدام او جنبه عبادی و غیر خواهی دارد و رنگ و بوی خودخواهی به همراه ندارد. مثلاً مال خود را به دیگری می‌دهد یا دینی را بر عهده می‌گیرد، بدون اینکه در برابر آن تعهدی به دست بیاورد. این‌گونه از قراردادها عقود مجانی هستند. مانند آن‌که در عقد هبه، واهب مالی را به متهب تملیک می‌کند، بدون اینکه در برابر آن انتظار به دست آوردن چیزی را داشته باشد یا مثلاً در عاریه مالک به دیگری اذن می‌دهد که به‌طور مجانی از منافع مال او بهره بگیرد. ذکر مطالب مذکور برای مشخص کردن هدف و غایت عقود معوض و مجانی ضروری می‌نمود تا بهتر بتوانیم در مورد شمول حق شفعه به عقود مجانی و غیر معوض نظر بدهیم. با توجه به مطالب مذکور در مورد عقود معوض و مجانی باید گفت که هدف تمامی عقود به یک‌شکل نیست بلکه در برخی از آن‌ها هدف، احسان به دیگران و نیکوکاری است، در این‌گونه عقود معمولاً شخصیت طرف مقابل نقشی بسیار مهم و اساسی دارد، به شکلی که اگر در این عقود اشتباه در طرف معامله رخ بدهد موجب بطلان آن عقد خواهد شد. مثلاً اشخاص غالباً اموال خود را به فرزندان

یا نزدیکان خود هبه می‌کنند یا در مقابل بهایی اندک تملیک می‌کنند. بااین‌وجود برخی از فقهای عامه در برخی اقوالشان و نیز اساتید حقوق قائل هستند که حق شفعه در تمامی عقود راه دارد، حتی در عقود مجانی نظیر هبه نیز این حق جاری است و شفیع قیمت مال را به شریک می‌پردازد (جعفری لنگرودی، المدونه، ۳۴۵). هرچند این قول خصوصاً با توجه با تعلیل ذیل روایت که علت وضع حق شفعه را نفی ضرر دانسته خالی از قوت نیست ولی به‌سختی می‌توان در این عقود و قراردادها قبول کرد که شریک دارای حق شفعه باشد و بتواند مال را به‌طور قهری از تحت تصرف و ملکیت شخصی که هدف اصلی از انتقال بوده است خارج کند. زیرا گفتیم که در این عقود هدف صرفاً کسب سود و درامد نیست بلکه هدف واهب یا موصی مثلاً آن است که مال در اختیار شخص خاصی قرار بگیرد و ایجاد حق شفعه با غرض اصلی این نوع از نقل و انتقالات تعارض دارد. و مثلاً در برخی موارد که شخص می‌خواهد اموال و میراث خانوادگی خود را منتقل کند و معمولاً این عمل را از طریق وصیت یا هبه و امثال آن‌ها انجام می‌دهد، اگر قائل بدان باشیم که به‌صرف انتقال حصه مشاع حق شفعه برای شریک به وجود می‌آید ضرری بیشتر از ضرر تقسیم یا تحمل شریک نااهل که ممکن است بر شریک وارد شود، بر موصی‌له یا متهب وارد می‌شود. با توجه به مطالب مذکور به نظر می‌رسد اختصاص حق شفعه به عقود معاوضی که غالباً آنچه مدنظر طرفین است صرف نقل‌وانتقال و رعایت تعادل میان عوض و معوض است و شخصیت طرف مقابل معمولاً نقشی در آن ندارد، قوی‌تر می‌کند، خصوصاً اینکه ایجاد حق شفعه در تمامی نقل و انتقالات اعم از معوض و مجانی در برخی موارد باعث ضرر بیشتر بر مشفوع‌منه می‌شود. شاید با توجه به همین دلایل بوده که حتی کسانی که حق شفعه را در همه نقل و انتقالات روا دانسته‌اند، هیچ‌کدام این حق را در انتقال به‌وسیله ارث قائل نیستند.

قول به تعمیم شفعه در فقه اسلامی

پس از تتبع در میان آثار فقهای امامیه، جز ابن جنید کسی را نیافتیم که قائل به تعمیم حق شفعه در تمامی معاوضات باشد تا جایی که یکی از ادله فقهای امامیه برای اختصاص شفعه به عقد بیع اجماع است که ذکر آن گذشت. فقط برخی از ایشان مانند شهید ثانی و مرحوم خوانساری در حکم اختصاص شفعه به عقد بیع مناقشاتی دارند که ذکر شد ولی در انتها، نظر مخالف ابراز نکرده‌اند و به خاطر اجماع در مسئله همان قول مشهور را پذیرفته‌اند. اما فقهای چهار مذهب اهل سنت قائل به تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از عقد بیع هستند. اختلاف اقوال در این مورد است که آیا حق شفعه در عقود غیر معاوضی هم راه دارد یا نه؟ در ادامه به‌طور مختصر آرای ایشان را نقل می‌کنیم. فقهای شافعی موافق با تعمیم حکم شفعه به عقود معاوضی هستند، عبارت برخی از این فقها در این زمینه چنین است: «حق شفعه در ملک مشاع که فروخته

می‌شود ثابت است به خاطر حدیث جابر از نبی اکرم (ص) که فرمودند: اگر شریک (مال مشاع) را بفروشد و به شریک دیگر خبر ندهد او سزاوارتر به مال است. و شفعه در هر موردی که ملک مشاع به‌وسیله عقد معوض منتقل می‌شود نظیر اجاره و نکاح و خلع وجود دارد زیرا که این‌ها عقد معاوضی هستند و اشکال ندارد که حق شفعه همان‌طور که در بیع وجود دارد در آن‌ها نیز باشد. اما در مواردی که جزء مال به غیر عوض تملک می‌شود مانند وصیت و هبه، حق شفعه وجود ندارد زیرا مال بدون اینکه چیزی در مقابل آن باشد تملیک شده است، پس حق شفعه در آن راه ندارد»(نووی، ۱۴/ ۳۰۱؛ ابواسحاق شیرازی، ۲/ ۲۱۴). البته قولی از شافعی نقل‌شده که در نقل و انتقالات غیر معوض نظیر هبه و صدقه نیز شفعه وجود دارد (ابن رشد، ۴/ ۴۲)، ولی همگی اتفاق دارند که در میراث حق شفعه وجود ندارد (همان). فقه مالکی نیز موافق قول شافعی است و مشهور نزد امام مالک آن است که شفعه در هرموردی که نقل‌وانتقال ملک، معوض باشد مانند بیع و صلح و مهر و غیر از آن‌ها وجود دارد (مالک ابن انس، ۴/ ۲۴۴). در فقه حنفی نیز شفعه را در عقد بیع و آنچه در معنی بیع است جایز می‌دانند ولی در عقود غیر معاوضی روا نمی‌دانند. عبارت کتاب بدائع الصنائع در مورد شرایط وجوب شفعه که اولین آن‌ها انتقال به‌وسیله عقد معاوضی است بدین شکل است: «شرائط ایجاد حق شفعه چند چیز است: یکی از آن‌ها (انتقال به‌وسیله) عقد معاوضی است و آن عقد بیع و آنچه در معنی بیع می‌باشد، است. پس در آنچه که بیع یا در معنی بیع نیست، شفعه وجود ندارد. یعنی این‌که در هبه، صدقه و میراث و وصیت، شفعه وجود ندارد»(ابوبکر کاسانی، ۵/ ۱۰؛ سرخسی، ۱۴/ ۱۴۰). فقهای حنبلی نیز معتقدند هرکجا که انتقال در مقابل عوض باشد حق شفعه وجود دارد، برخلاف آنجا که معامله به غیر عوض باشد (ابن قدامه، ۵/ ۲۳۴).

تعمیم حکم خلاف اصل

قاعده تسلیط از قواعد بسیار مهم در حقوق اسلامی است که مقبول همه فقهای اسلام است، بلکه می‌توان مفاد آن را مقبول همه عقلا دانست. قاعده سلطنت بدین معنا است که مالک می‌تواند به هر شکل که بخواهد در اموالش تصرف بکند و هیچ‌کس نمی‌تواند مانع تصرفات او گردد و هر نوع شکی که در مورد تصرفات مالک به وجود بیاید، با توجه به این قاعده برطرف می‌شود و به جواز تصرفات مالک حکم می‌شود (مصطفوی، ١٣٦). مفاد این قاعده در ماده ۳۰ قانون مدنی بازتاب یافته است. در حقوق مدنی اخذ به شفعه تنها موردی است که با اینکه مالک در قید حیات است و مال او کاملاً تحت تصرف اوست دیگری می‌تواند ملک او را بدون موافقتش تملک کند (امامی، ٣/ ١٦). ممکن است گمان شود که تملک قهری اختصاص به مورد شفعه دارد ولی بدین گونه نیست زیرا عناصر تملک قهری از قرار ذیل است:

اول: مال یا ملکی که دارای مالک باشد؛ پس تملک از طریق حیازت مباحات، از موضوع تملک قهری خارج شد.

دوم: غیر مالک، آن مال یا ملک را به ضرر مالک آن، تصاحب و تملک کند. این اعم است از اینکه عوض آن را قانوناً بدهد یا دادن عوض، قانوناً شرط آن نباشد.

سوم: قانون صریحاً اذن تملک قهری را داده باشد. پس تملک قهری از ایقاعاتی است که قانون آن را شناخته است مانند اخذ به شفعه.

پس اقسام تملک قهری از قرار ذیل است:

الف) اخذ به شفعه.این تملک معوض است.

ب) تملک لقطه بعد از حول تعریف در حدود قانون. این تملک مضمون به‌عوض است (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱/ ۲۶۰). با توجه به تشریع حق شفعه فقهای اسلام با یک تضاد دست‌به‌گریبان شده‌اند بدین شرح که:

۱) ازیک‌طرف گمان کرده‌اند که تملک قهری در شفعه خلاف قاعده است، قاعده آن است که تملیک و تملک به تراضی صورت بگیرد. با توجه به این اصل، روایات شفعه خلاف اصل تسلیط است و باید محدود به‌قدر متیقن گردد. در فقه امامیه همگی بر همین منوال حرکت می‌کنند و بر این اساس:

اولاً- شفعه را مختص عقد بیع دانسته‌اند.

ثانیاً- شفعه را مختص مبیع مشاع دانسته‌اند. پس در ثمن مشاع شفعه نیست.

۲) اما طرف مقابل این تضاد، این است که در نص وارد و کلام فقها، بارها به «لا ضرر» استناد شده است. حال که حکمت وضع حق شفعه، «لا ضرر» است در صلح سهم مشاع و وصیت به سهام مشاع هم لا ضرر باید جاری شود و نمی‌توان تعلیل ذیل روایات را نادیده گرفت و مفهوم لا ضرر در باب شفعه باید کاملاً دقیق بررسی شود.

اما در مورد اینکه شفعه خلاف اصل است، باید گفت که معروف میان فقها آن است که نصوص باب شفعه، خلاف قاعده است و نقل و انتقال مال به تراضی است که شایع است، اما تملک قهری در باب شفعه، خلاف شایع است و این مطلب واضح است. اما سؤال اینجاست که کدام آیه، روایت یا حکم عقل قطعی می‌گوید هرچه خلاف شایع است خلاف قاعده است؟ همه می‌دانند احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است، این خود یک قاعده مهم است، تملیک و تملک که به تراضی صورت می‌گیرد مطابق مصالح اجتماعی است، اما تملک قهری شفیع در انتقال سهم مشاع هم با قلمرو محدودی که دارد در چهارچوب خاص خود تابع مصالح اجتماعی است. پس هم در شفعه و هم در تراضی تبعیت از مصالح می‌شود،

مصالح در تراضی شایع است، مصالح باب شفعه خلاف شایع است اما خلاف قاعده نیست (جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ۱۹۱). بیشتر مواردی که عبارت «خلاف قاعده» را به‌کاربرده‌اند با این رویکرد که هر خلاف شایع خلاف اصل نیست توجیه می‌شود. برخی حقوقدانان نیز در این موردچنین نظر داده‌اند که حق شفعه در تمامی معاوضات راه دارد که عبارت ایشان در تبصره ماده ۲۸۵ طرح اصلاح قانون مدنی چنین است: «حق شفعه اختصاص به عقد بیع ندارد» (جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ۸۳۳).

نتیجه‌گیری

ایجاد حق شفعه نیازمند تحقق شروطی است که در لابه‌لای کتب فقهی و شروح قانون مدنی به‌تفصیل بحث شده است. مشهور فقها برای ثبوت این حق، انتقال حصه مشاع به‌وسیله عقد بیع را شرط‌می‌دانند و تأکید دارند که اگر این معاوضه به‌وسیله سایر عقود مملک نظیر صلح معوض و یا هبه معوضه صورت پذیرد حق شفعه برای شریک دیگر به وجود نمی‌آید. قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و شاید برای فرار از بعضی نتایج نامطلوب این شرط، به‌جای استفاده مطلق کلمه بیع کلمه «قصد» را نیز بدان افزوده است، ولی اضافه کلمه قصد نیز راهگشا نیست، زیرا حقوق ابزاری در اختیار ندارد که به‌سادگی به مقاصد افراد پی ببرد. مشهور برای اثبات مدعای خویش به روایات وارده در باب شفعه و نیز اخذ به‌قدر متقین استناد نموده‌اند. اما باید گفت این دلایل کافی برای اثبات مطلوب نبوده و روایات منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه داشته باشدچنان‌که شهید ثانی و صاحب جامع المدارک نیز فرموده‌اند.

اخذ به‌قدر متقین نیز زمانی صحیح است که منتهی به نقض غرض شارع و قانون‌گذار و نقص در قانون‌گذاری و باز کردن راه حیله و نیرنگ برای فرار از مقاصد قانون‌گذار نگردد، نویسندگان با ارائه مستندات و غرض شارع از وضع حق شفعه معتقد هستند که حق شفعه در سایر عقود معاوضی غیر از بیع نیز راه دارد. لذا باتوجه به دستاوردهای تحقیق، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با تصریح به عدم اشتراط انتقال به‌وسیله عقد بیع، نسبت به اصلاح ماده قانون مذکور اقدام کند.

منابع

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن حمزه، محمد بن علی، ***الوسیلة علی نیل الفضیلة***، در یک جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

ابن رشد، محمد بن احمد، ***بدایة المجتهد و نهایة المقتصد***، قاهره، دار الحدیث، ۱۴۲۵ ق.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، قاهره، مکتبة القاهرة، ۱۳۸۸ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، ۱۵ جلد، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، ***الکافی فی الفقه***، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المومنین علیه‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، ۶ جلد، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱.

انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ***المکاسب***، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

بجنوردی، حسن،***القواعد الفقهیة***، ۶ جلد، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

جعفری لنگرودی،محمد جعفر، ***الفارق*** (دائره المعارف عمومی حقوق)، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶.

ـــــــــــــــــ، ***المدونه***، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷.

ـــــــــــــــــ، ***تئوری موازنه***، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۱.

ـــــــــــــــــ، ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.

ـــــــــــــــــ، ***مجموعه محشی قانون مدنی***، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.

ـــــــــــــــــ، ***مقدمه عمومی علم حقوق***، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۷.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة***، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیلة***، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی‌تا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ***مفردات ألفاظ القرآن***، لبنان، دار العلم- الدار الشامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

شمس الائمه سرخسی، محمدبن احمد، ***المبسوط***، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، ***اللمعة الدمشقیة***، در یک جلد، بیروت، دارالتراث-الدار الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***الروضة البهیة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

ـــــــــــــــــ، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرایع الاسلام***، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

شیرازی، ابراهیم بن علی، ***المهذب فی فقة الإمام الشافعی***، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، ۴۳ جلد، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل***، قم، مؤسسه آل‌البيت، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

طوسی، محمد بن حسن،***الخلاف***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

______________،***المبسوط فی فقه الإمامیة***، المکتبه المرتضویه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

______________، ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی***، بیروت، دار الکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.

عاملي غروي، جواد بن محمد، ***مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام***، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

______________، ***مختلف الشیعة فی احکام الشریعة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

علم‌الهدی، علی بن حسین، ***الانتصار فی انفرادات الامامیه***، یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، ***التنقیح الرائع لمختصر الشرایع***، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، ***إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.

فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، ***مفاتیح الشرایع***، ۳ جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول، بی‌تا.

کاتوزیان، ناصر، ***اموال و مالکیت***، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۰.

__________، ***ایقاع***، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.

کاسانی حنفی، ابوبکر ابن مسعود، ***بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع***، ۷ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.

کاشف الغطا، محمد حسین، ***تحریر المجلة***، نجف، المکتبه المرتضویه، چاپ اول، ۱۳۵۹ ق.

کرکی، علی بن حسین،***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.

مالک ابن انس، ***المدونة***، ۴ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، ۴ جلد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

مصطفوی، محمد کاظم، ***مائة قاعدة فقهیة***، در یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسـلامی وابسـته بـه جامعـه مدرسـین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.

مظفر، محمدرضا، ***اصول فقه***، ۴ جلد، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.

مفید، محمد بن محمد، ***المقنعة***، در یک جلد، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

مقدس اردبیلي، احمد بن محمد، ***مجمع الفائده و البرهان***، ۱۴ جلـد، قـم، دفتـر انتشـارات اسـلامی، چـاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

موسوي خوانساري، احمد، ***جامع المـدارک فـی شـرح مختصـر النـافع***، قـم، مؤسسـه اسـماعیلیان، چـاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

نووی، یحیی بن شرف ، ***المجموع شرح المهذب***، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.

یزدانی، محمد مهدی، صابری، حسین و حسین ناصری مقدم، «گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتـاب جواهر الکلام»،***فقه و اصول***، بهار ۱۳۹۱، شماره ۸۸، صص ۱۵۱ – ۱۶۸.